Your World First

C/M/S/

Law . Tax

Referencias Jurídicas

Mayo 2017

Referencias Jurídicas

Mayo 2017

Posts jurídicos

Corporate / M&A

Lo perfecto (ajuste de precio *post-closing*) puede ser, en ocasiones, enemigo de lo bueno (*locked box*) 4
Rafael Sánchez

¿Puede apoderarse a la persona que en cada momento sea presidente del Consejo de Administración? 6
Javier Belmonte

Llave incorrecta para reabrir la hoja registral 8
Ángel Ruiz

Cuándo el informe del auditor incluye una "opinión denegada" sobre las cuentas, ¿puede el registrador rechazar el depósito de estas? 10
Alberto de Pablo

Definición de grupo de sociedades: depende del color del cristal con que se mire 12
Alicia Martínez

Bancario y Financiero

Desarrollo del marco normativo europeo de MIFID II y MIFIR (segunda parte) 14
Fernando Revuelta

Derecho Público y Sectores Regulados

¿Es compatible el impuesto catalán sobre el riesgo de radiactividad con el impuesto estatal existente? 16
José María Pernas

El perfil del contratante que está por llegar 18
Carlos Tallón

Laboral

Apuntes sobre el uso del velo islámico en el lugar de trabajo y su posible prohibición 20
Sergio Quintana

Tributario

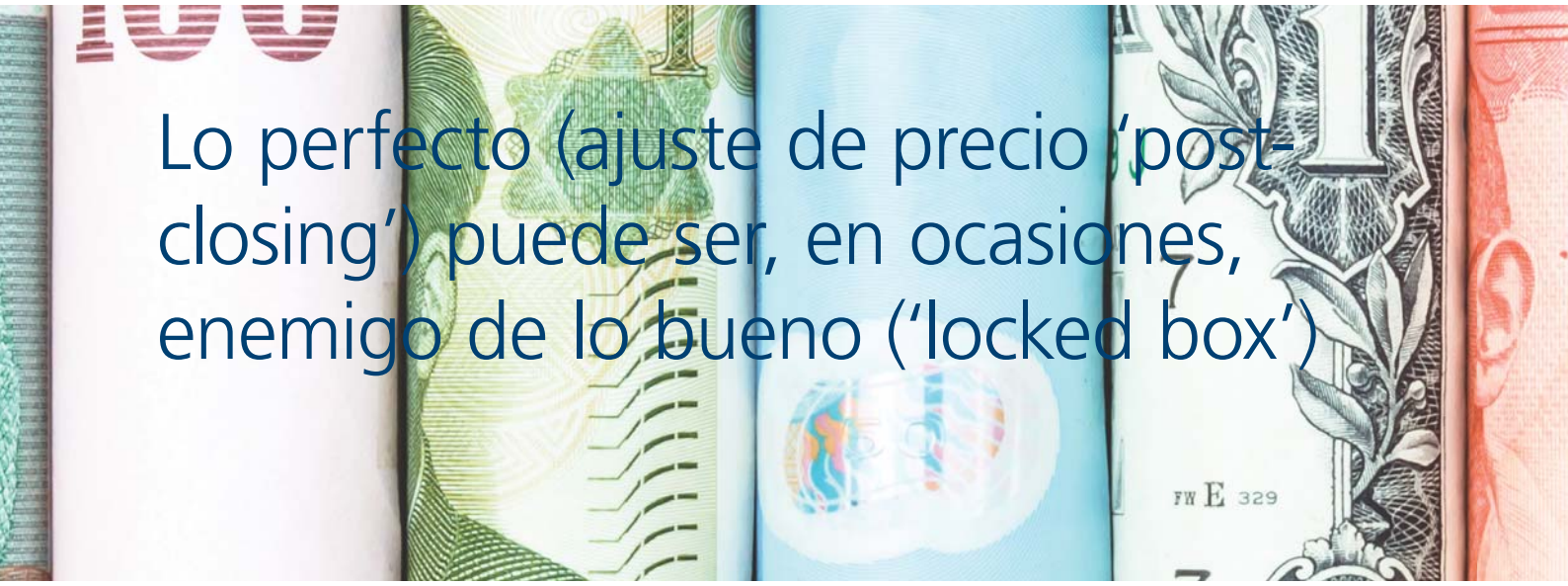
Nuevo varapalo para el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana... Ya no quedan excusas para posponer el cambio legislativo 22
Diego de Miguel y María González

A vueltas con la plusvalía municipal: la jurisprudencia previa a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional 24
Antonio Montero

Competencia y UE

Nuevas pautas europeas para evitar infringir el Derecho de la competencia en el sector del comercio electrónico.....26
Aida Oviedo y Daniel Arribas

Restricciones a la publicidad de bebidas alcohólicas en aplicaciones audiovisuales móviles 28
Daniel Arribas



Lo perfecto (ajuste de precio 'post-closing') puede ser, en ocasiones, enemigo de lo bueno ('locked box')

Rafael Sánchez
Departamento de Corporate / M&A

La certeza sobre el precio de compraventa que, desde un primer momento, proporciona el sistema locked box parece imponerse paulatinamente a los problemas que genera el ajuste de precio post-closing, aun cuando este mecanismo conduzca a una solución más precisa.

Una de las cuestiones que, en relación con la compraventa de empresas, ha suscitado tradicionalmente más discusiones, no solo económicas sino también jurídicas, ha sido el establecimiento del precio. Las dificultades vienen originadas, principalmente, por el hecho de que las compañías sean entes dinámicos, en incesante funcionamiento, lo cual puede llegar a provocar que su valoración cambie de un día para otro. Mayor incidencia tiene aún la variable temporal sobre el valor de una empresa cuando los procesos de compraventa se alargan irremediablemente en el tiempo (por ejemplo, por la necesidad de obtener autorizaciones administrativas previas), de suerte que entre el momento de firma del contrato de compraventa (*signing*) y el de transmisión de la sociedad (*closing*) transcurren meses, durante los cuales la empresa sigue en constante movimiento.

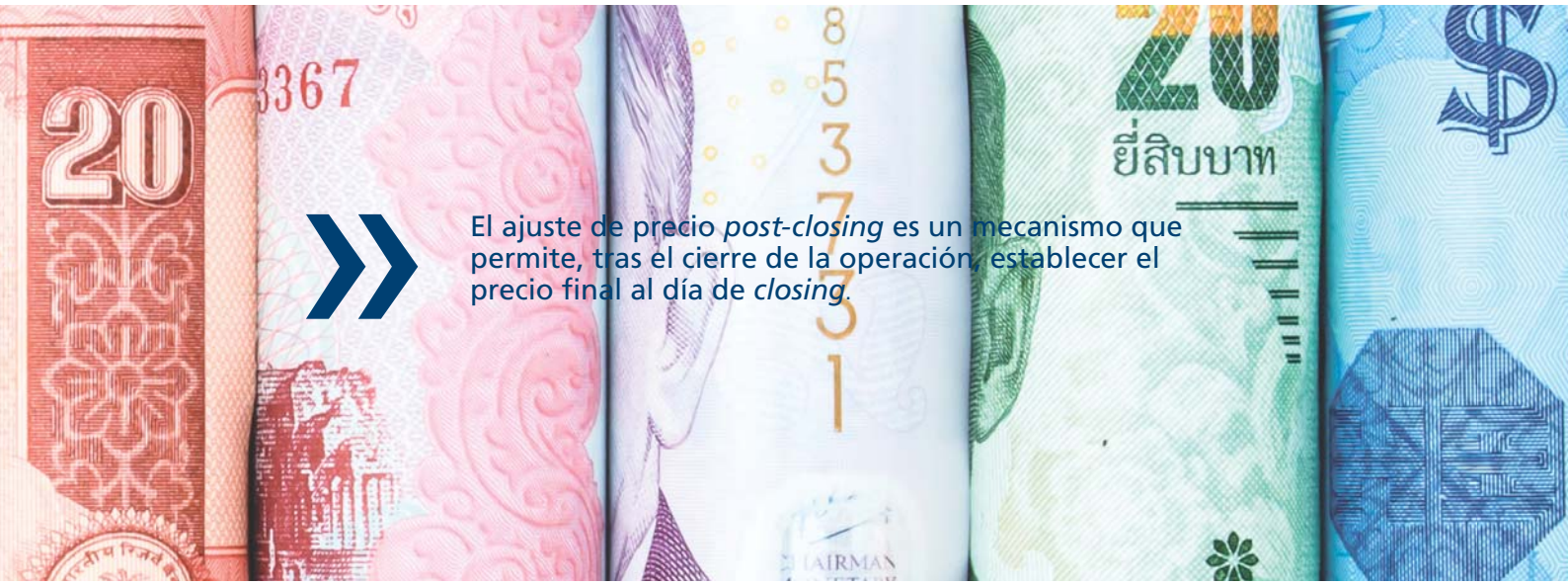
Así las cosas, en la práctica jurídica se pueden encontrar distintos métodos para fijar el precio que tienen en cuenta la variable temporal a la que se ha hecho referencia. De entre ellos, los más utilizados son dos: el ajuste de precio *post-closing* y el mecanismo de *locked-box*. Las diferencias entre uno y otro son significativas y todas ellas parten de una concreta distinción: mientras en el primero el riesgo sobre la cosa se transmite en el *closing* y con efectos económicos a esa fecha, en la estructura locked box el riesgo se transmite también en el *closing* pero con efectos económicos desde el día en que "se cierra la caja", es decir, la fecha a la que se cierran los estados financieros que sirven de base para el cálculo del precio.

El ajuste de precio *post-closing* es un mecanismo que permite, tras el cierre de la operación, establecer el precio final al día de closing. Para ello, por regla general, las partes acuerdan:

(i) fijar un precio preliminar (que se paga al *closing*) con base en un valor empresa (*enterprise value*) y en unos estados financieros periódicos (no formulados *ex profeso* para la operación), de los que resultan sendos estados de caja, de deuda y de capital circulante a esa fecha, calculados conforme a unas fórmulas convenidas por comprador y vendedor; y

(ii) que se elaboren (y, en muchos casos, se auditen) unos estados financieros ad hoc cerrados a la fecha de closing, a partir de los cuales se calculen, aplicando aquellas mismas fórmulas, los correspondientes estados de caja, de deuda y de capital circulante a dicha fecha.

La diferencia entre unos y otros estados de caja, de deuda y de capital circulante es la que provoca el ajuste al alza o a la baja del precio preliminar, obteniendo así el precio final. No hay duda de que este mecanismo permite establecer un precio final muy preciso, pero a cambio genera incertidumbre en el precio y puede conllevar



El ajuste de precio *post-closing* es un mecanismo que permite, tras el cierre de la operación, establecer el precio final al día de *closing*.

problemas (y costes asociados a ello) tanto en su negociación como en su ejecución, en especial por cuanto se refiere a la elaboración de los estados financieros al *closing*.

Por su parte, el mecanismo de *locked box*, cada vez más utilizado en operaciones de compraventa de empresas, se aleja del perfeccionismo del ajuste de precio *post-closing* y permite fijar, desde el *signing*, un precio de compraventa cierto, que se pagará en *closing* y que no se verá alterado en ningún caso salvo que, entre *signing* y *closing*, tenga lugar lo que en la jerga del derecho de los negocios se denomina un *leakage*. Conforme a este mecanismo, las partes fijan el precio con base en unos estados financieros periódicos, cuya fecha de cierre constituye la fecha de traspaso del interés económico (riesgo) sobre la cosa, y el vendedor se compromete a que, hasta el closing (fecha en que tiene lugar la transmisión jurídica de la empresa):

- continuará gestionando la sociedad conforme al curso ordinario de los negocios (*conduct of business until closing*), estableciéndose, habitualmente, un elenco de conductas no ordinarias que el vendedor solo podrá llevar a cabo si obtiene autorización previa del comprador (*prohibited actions*) y una lista de acciones para las que ya cuenta con la autorización previa del comprador, aun cuando vayan más allá del curso ordinario de los negocios (*permitted actions*); y

- no llevará a cabo ninguna acción que suponga un beneficio económico para el vendedor en detrimento de la sociedad objeto (target) como, por ejemplo, una salida de caja o una condonación de obligaciones (prohibición de *leakage*).

En caso de que se produzca un *leakage*, la correspondiente cantidad deberá ser repuesta por el vendedor en la sociedad *target* (para compraventas de menos del 100% del capital social) o, alternativamente y solo para transmisiones de la totalidad del accionariado, deducida del precio.

¿Puede apoderarse a la persona que en cada momento sea presidente del Consejo de Administración?

Javier Belmonte
Departamento de Corporate / M&A

En su Resolución de 16 de marzo de 2017, la DGRN aclara que si el Consejo de Administración acuerda otorgar un poder a la persona que en cada momento ostente la condición de Presidente del Consejo de Administración, será necesario otorgar escrituras posteriores complementarias que permitan individualizar e identificar al apoderado.

Conforme a los hechos descritos en la resolución, el 3 de noviembre de 2016 se elevaron a público los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración de una sociedad anónima unipersonal, entre los que se recogía el apoderamiento de "la persona que en cada momento ostente la condición de Presidente del Consejo de Administración –en caso de ser persona jurídica, a través de su persona física representante– con las siguientes facultades…".

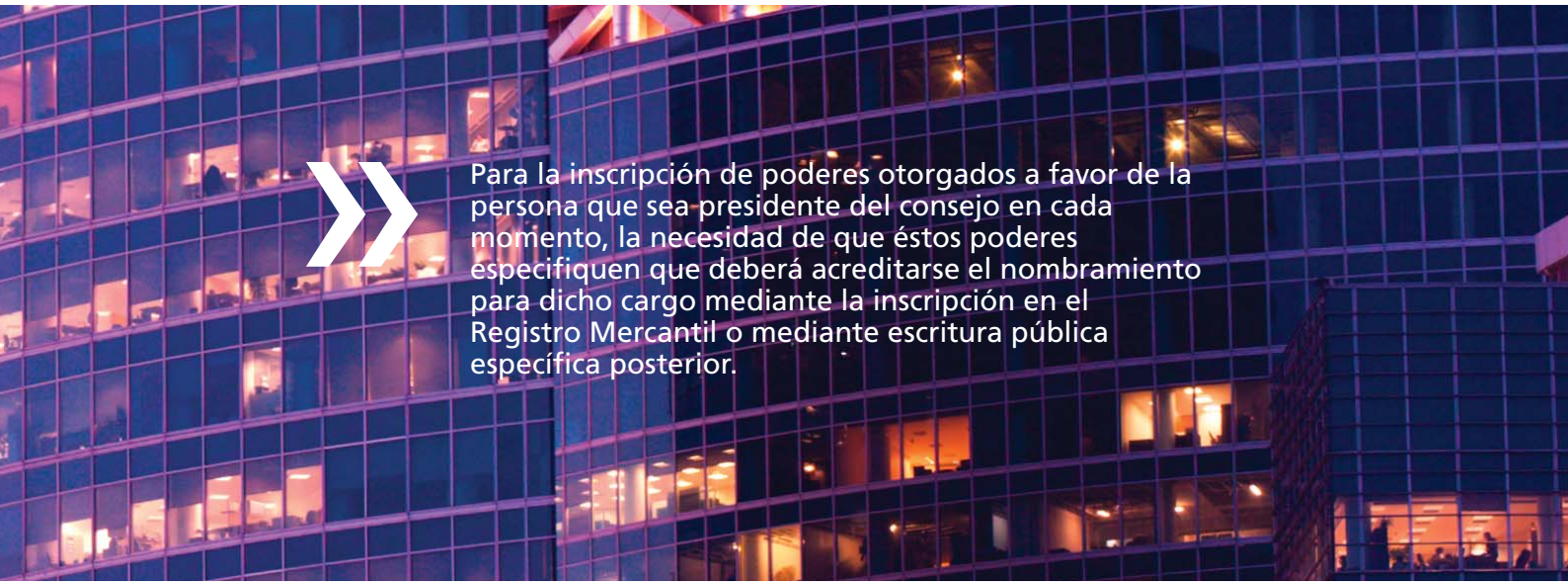
Una vez la escritura fue presentada a inscripción en el Registro Mercantil de Madrid, el Registrador procedió a su inscripción de manera parcial con la siguiente calificación: "No se ha inscrito el poder contenido en el apartado IV. A) del Acuerdo Tercero del Consejo, ya que al ser necesario que en escritura pública conste la identidad de los apoderados no cabe el otorgamiento de poder a favor de la persona que en cada momento ostente la condición de Presidente del Consejo de Administración."

La Sociedad fundamentó en dos argumentos el recurso interpuesto contra la calificación del Registrador. Por un lado, defendía, como una cuestión previa, la falta de adhesión del Registrador al principio de uniformidad contenido en el artículo 60 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto no mantenía el criterio seguido por el Registro Mercantil de Madrid en calificaciones previas respecto de iguales apoderamientos conferidos, incluso por la misma sociedad.

Por el otro, argumentaba que el otorgamiento del poder se había formalizado en escritura pública y conforme a todos los elementos esenciales, designando además específicamente al apoderado, pues recaería el apoderamiento siempre en la persona que ostentase en cada momento el cargo de Presidente del Consejo de Administración, estando identificado el designado como consecuencia de su inscripción en el Registro.

En consecuencia, con el recurso se señalaba que resultaba improcedente denegar la inscripción del poder otorgado, solicitando la revisión de tal calificación.

Así las cosas, la DGRN empezó resolviendo las discordantes calificaciones realizadas por el Registro Mercantil de Madrid respecto de escrituras de idéntico contenido. La Dirección General mantiene en lo referente a esta cuestión previa que, según la reiterada doctrina, el registrador al calificar los documentos presentados a inscripción y en aplicación del principio de independencia de su ejercicio, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias, pues debe prevalecer la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.



Para la inscripción de poderes otorgados a favor de la persona que sea presidente del consejo en cada momento, la necesidad de que éstos poderes especifiquen que deberá acreditarse el nombramiento para dicho cargo mediante la inscripción en el Registro Mercantil o mediante escritura pública específica posterior.

En cuanto a la fundamentación de fondo del recurso, esto es, la correcta formalización del poder, el Centro Directivo explica que en la escritura calificada no se expresaba que el poder se confiriera a aquella persona cuyo cargo como Presidente del Consejo conste inscrito en cada momento en el Registro Mercantil sino, sin más, al que lo ostente en cada momento, por lo que a primera vista no sería posible conocer claramente quien es el presidente, pues la persona que figura como tal inscrito en el Registro, puede no ostentar en la actualidad el cargo, ya que la condición de Presidente se adquiere por aceptación del cargo y no por la inscripción en el Registro.

Continúa la DGRN explicando que, de acuerdo a la redacción del artículo 1280.5 del Código Civil, no es válida la verificación del apoderamiento mediante documento privado, como es el caso de las certificaciones emitidas por las sociedades. No existe, en cambio, ningún inconveniente en que el apoderamiento se realice en dos o más escrituras públicas (una de apoderamiento genérico y otra de apoderamiento específico con individualización personal del apoderado), pues las posteriores escrituras complementan el contenido de la primera.

Por todo lo anterior, al igual que ocurre con los administradores sociales que han sido designados pero cuyo cargo no consta aún inscrito, cuando se ejecuten los apoderamientos generales de la persona que ostente la presidencia del consejo, se deberá completar la identificación del apoderado mediante una referencia expresa a la inscripción vigente de su cargo (si existiera) o mediante la correspondiente escritura de apoderamiento específica.

Como última consideración, y poniendo de manifiesto su rechazo al recurso planteado, la DGRN fija como exigencia para la inscripción de poderes otorgados a favor de la persona que sea presidente del consejo en cada momento, la necesidad de que éstos poderes especifiquen que deberá acreditarse el nombramiento para dicho cargo mediante la inscripción en el Registro Mercantil o mediante escritura pública específica posterior.

Llave incorrecta para reabrir la hoja registral

Ángel Ruiz
Departamento de Corporate / M&A

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha aclarado que, cuando una sociedad no deposita sus cuentas anuales en plazo, para reabrir la hoja registral tiene que depositar las cuentas atrasadas sin que pueda conseguir la reapertura por la vía de dejar sin efecto el acuerdo de aprobación de las mismas.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de abril de 2017 (BOE de 28 de abril de 2017) trata sobre un supuesto de intento de reapertura de la hoja registral cerrada a una sociedad de responsabilidad limitada.

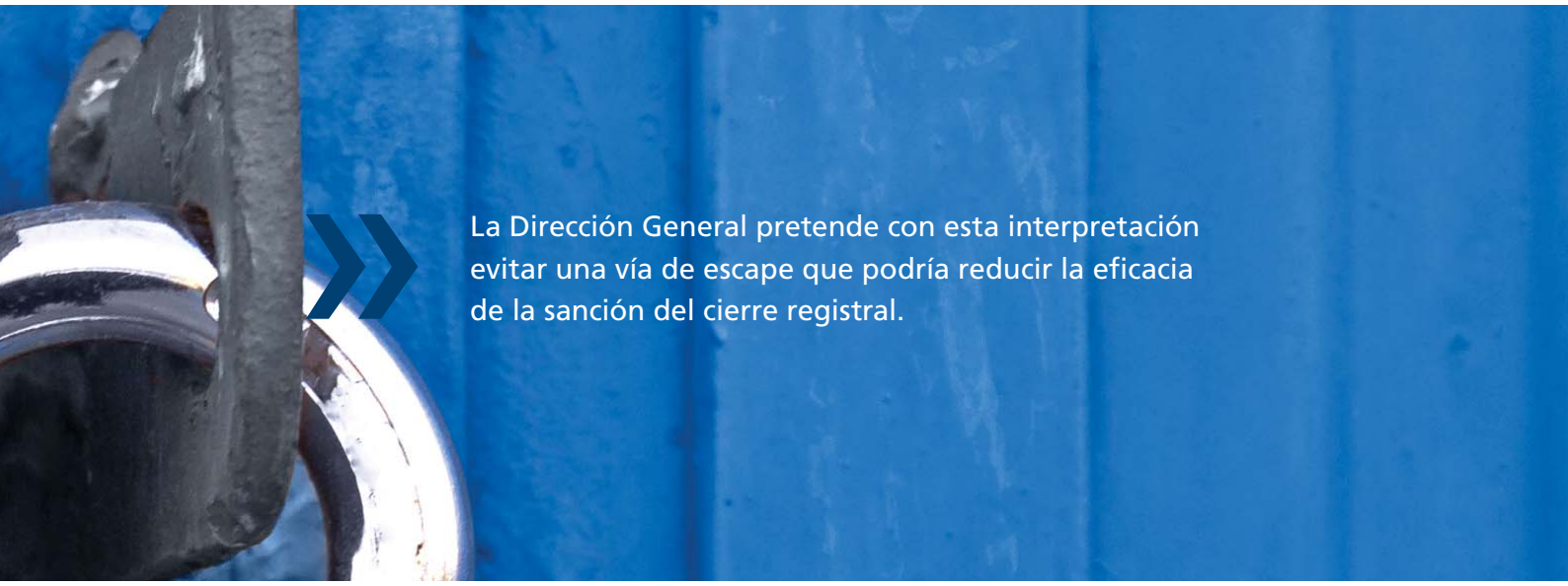
Las cuentas del ejercicio 2014 de esa sociedad fueron aprobadas en 2015. Se denegó su depósito en el Registro Mercantil porque no se acompañaron del informe de auditoría emitido por los auditores designados a solicitud de un socio minoritario.

Resulta preciso recordar que, transcurrido un año desde la fecha del cierre de un ejercicio social sin que se haya practicado en el Registro el depósito de las cuentas anuales debidamente aprobadas, el Registrador Mercantil no debe inscribir ningún documento presentado con posterioridad a aquella fecha, hasta que, con carácter previo, se practique el depósito. Durante el cierre solo podrán inscribirse los acuerdos excepcionales mencionados en el artículo 378.1 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) y en el artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital.

En 2016, una vez producido el cierre de la hoja registral de la compañía, la junta general acordó dejar sin efecto el previo acuerdo de aprobación de las cuentas y presentó un escrito en el Registro solicitando la reapertura de la hoja registral alegando que la cuentas estaban pendientes de aprobación, pretendiendo aplicar el artículo 378.5 RRM. Este precepto establece que, si las cuentas anuales no se hubieran depositado por no estar aprobadas por la junta general, no procederá el cierre registral cuando se acredite esta circunstancia mediante certificación del órgano de administración con firmas legitimadas, en la que se expresará la causa de la falta de aprobación o mediante copia autorizada del acta notarial de junta general en la que conste la no aprobación de las cuentas anuales.

La Dirección General ha dicho que el precepto que quería aplicar la sociedad de responsabilidad limitada no está pensado para lograr la reapertura de la hoja registral, sino para impedir su cierre y de ahí que, para aplicarlo, haya que acreditar ante el Registro la falta de aprobación de las cuentas antes de que finalice el plazo máximo legal existente para efectuar el depósito, debiendo volver a acreditarlo cada seis meses para que el cierre no llegue a producirse.

En la Resolución también se afirma que la revocación de un acuerdo societario es viable pero sin efecto retroactivo, sin afectar por tanto a los derechos adquiridos por terceros y, en este caso, sin perjudicar al interés general reflejado en el mantenimiento de la sanción de cierre por incumplimiento de una obligación legal. El Centro Directivo dice que, en caso contrario, sería muy sencillo conseguir el levantamiento de la sanción impuesta, pues únicamente dependería de que se adoptara un acuerdo de revocación del acuerdo previo de aprobación de las cuentas, en lugar de proceder



al cumplimiento de la obligación incumplida, que es lo que el legislador pretende.

La Dirección General pretende con esta interpretación evitar una vía de escape que podría reducir la eficacia de la sanción del cierre registral.

Cuándo el informe del auditor incluye una "opinión denegada" sobre las cuentas, ¿puede el registrador rechazar el depósito de estas?

Alberto de Pablo
Departamento de Corporate / M&A

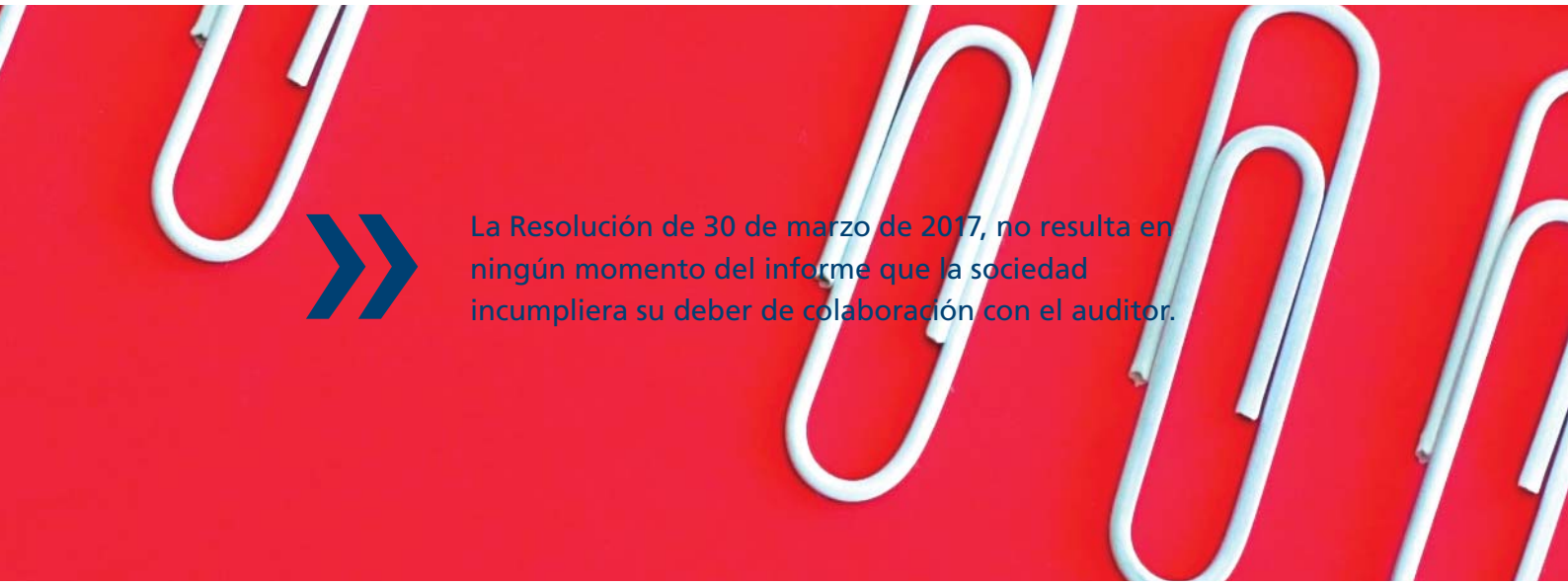
La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 30 de marzo de 2017 estima el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora mercantil de Cantabria por la que se rechazaba el depósito de cuentas de una sociedad porque el informe de auditoría denegaba una opinión sobre las cuentas.

Del informe de auditoría aportado resultaba que el auditor no había podido expresar una opinión sobre las cuentas anuales debido a la imposibilidad de obtener evidencia suficiente y adecuada sobre importes relevantes de las mismas y, por tanto, dicho informe no ofrecía una información clara sobre la fiabilidad de las cuentas y la imagen fiel respecto del estado patrimonial de la sociedad. En concreto, el auditor expresó que le resultaba imposible incluir su opinión debido a derivadas de diferencias temporales entre el momento del cierre del ejercicio y el momento en que se lleva a cabo la verificación de las existencias, así como a limitaciones derivadas del concurso de otra sociedad y a la valoración de créditos que la sociedad ostenta frente a la sociedad concursada. En atención a ello, la Registradora concluye en su calificación que el informe del auditor no puede servir de soporte al depósito de cuentas solicitado, denegando, por tanto, dicho depósito.

La DGRN cita la STS de 8 de febrero de 2013: «El principio contable *true and fair view* (imagen fiel), por el que se exige que los estados contables de síntesis sean correctos y fiables, de modo que con su lectura pueda obtenerse una representación exacta de la situación económica de la compañía y del curso de sus negocios". Pero según la STS de 20 de marzo de 2009 el principio de imagen fiel no es una cuestión meramente formal, puesto que, desde el punto de vista sustantivo conduce a la nulidad de los acuerdos que aprueban las cuentas anuales y no muestran la imagen fiel, aunque estén formalmente formuladas de modo correcto. No obstante, la cuestión es más discutible en relación con la "opinión denegada" del auditor y su eficacia respecto del depósito.

El artículo 6.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas señala que si el auditor de cuentas, llegado el momento de emitir la opinión técnica sobre si las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y la situación financiera de la entidad auditada, encontrara razones para abstenerse de emitir tal opinión, lo hará constar en su informe, poniendo de manifiesto cuantos detalles y datos complementarios sean necesarios; calificándose este supuesto como informe de auditoría con "opinión denegada".

La DGRN trata de determinar si la opinión denegada del auditor implica la imposibilidad de proceder al depósito de las cuentas en el Registro Mercantil o si dicha opinión es únicamente una valoración del auditor que sirve a los socios para decidir sobre la aprobación de las cuentas pero no es determinante en relación con el depósito. Ya previamente la Resolución DGRN de 10 de enero de 2014, matizando la doctrina previa del propio centro directivo (Resoluciones de 29 de enero y 23 de febrero de 2013), había señalado que no debe admitirse el depósito de cuentas cuando los motivos que impiden al auditor expresar su opinión puedan ser imputados a la actitud de



La Resolución de 30 de marzo de 2017, no resulta en ningún momento del informe que la sociedad incumpliera su deber de colaboración con el auditor.

la propia sociedad, por haberse comprometido la objetividad o independencia del auditor o por no haberse realizado por la sociedad la entrega de la documentación correspondiente. La DGRN advirtió que en estos casos la admisión del depósito de cuentas implicaría frustrar la finalidad de la Ley, así como de los derechos de los socios que instaron la auditoría y de los terceros, en su caso. Pero esa RDGRN advierte que no toda opinión denegada implica necesariamente que el registrador deba rechazar el depósito de cuentas. No debe hacerlo cuando el informe de auditoría contenga información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad aunque, por cuestiones técnicas, no se emitiera opinión; en tal caso el informe debe servir de soporte al depósito de cuantas sin que el registrador pueda rechazarlo. Por el contrario, cuando el auditor se limite a expresar la ausencia de opinión sobre las cuentas, el informe no servirá de base al depósito de las cuentas.

Pues bien, en el caso concreto que analiza la Resolución de 30 de marzo de 2017, no resulta en ningún momento del informe que la sociedad incumpliera su deber de colaboración con el auditor. Además, las limitaciones señaladas por los auditores no impiden a los socios o a terceros obtener información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad. En atención a lo anterior, concluye la Resolución, que no procede rechazar el depósito de las cuentas por el simple hecho de que éste contenga una opinión denegada, sin equipararla a la opinión desfavorable. Para ello el registrador debe analizar el informe de auditoría y comprobar si las salvedades impiden revisar las cuentas por los socios o terceros, por no contener información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad debido a la falta de colaboración de la sociedad con el auditor.

Definición de grupo de sociedades: depende del color del cristal con que se mire

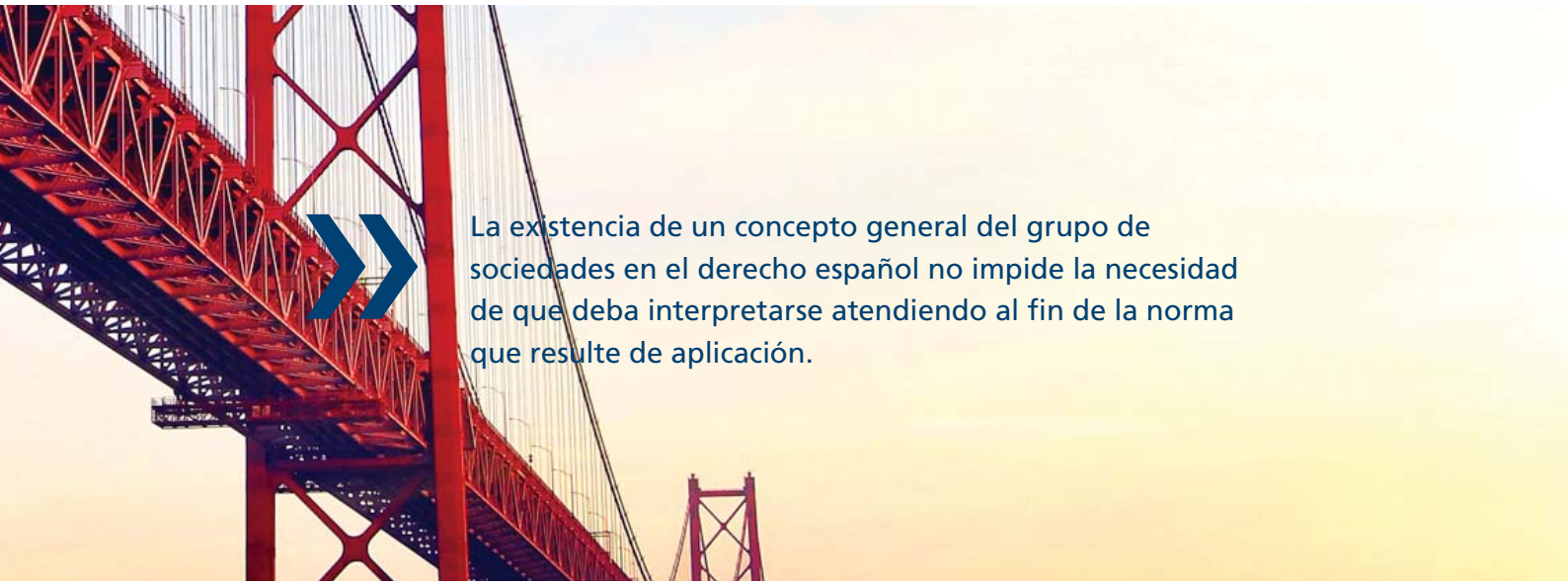
Alicia Martínez
Departamento de Corporate / M&A

La STS de 15 de marzo de 2017 incluye en el concepto de grupo de sociedades a efectos del concurso de acreedores aquellos supuestos en los que existe control, directo o indirecto, sobre una sociedad, tanto si el control es ejercido por una persona jurídica como por una persona física, abriendo la puerta a distintas interpretaciones del concepto sin limitarse al tenor literal del CCom, en función del fin de la norma aplicable.

Los antecedentes fácticos de la sentencia comentada sitúan la controversia en el seno de un concurso de acreedores, en el que tanto la sociedad concursada como una de sus acreedoras se encuentran participadas al 100% por dos sociedades controladas, a su vez, por una persona física en un 65% y en un 79%, respectivamente, compartiendo, además, órgano de administración. El crédito en cuestión que la acreedora ostentaba sobre la deudora fue calificado por la Administración Concursal como un crédito subordinado, entendiendo que ambas integraban el mismo grupo de sociedades y, por tanto, eran personas especialmente relacionadas a los efectos de la LC, perspectiva que compartió el Tribunal de Primera Instancia. Sin embargo, la Audiencia Provincial difirió de la anterior interpretación, considerando que no cabía entender que se tratara de personas relacionadas, al no existir una jerarquía entre las sociedades, sino de una relación horizontal. Además, se entendió que la sociedad deudora y la sociedad acreedora no podían formar parte de un mismo grupo de sociedades ya que, al ejercerse el control por una persona física, no se daba la consolidación de cuentas anuales y, por tanto, no concurrían los supuestos literalmente previstos en el art. 42 del CCom, al que se remite la normativa concursal para definir el concepto de grupo de sociedades.

Una vez planteada la primera disyuntiva de determinar cuál es el factor a aplicar para poder considerar que existe un grupo de sociedades y una relación de personas relacionadas a efectos del concurso, el TS se pronuncia en casación en el mismo sentido que el Tribunal de Primera Instancia. Así las cosas, el Alto Tribunal basa su análisis en la idea de que si existe un control, actual o potencial, directo o indirecto, en el sentido previsto en el art. 42.1 del CCom, se entiende que existe grupo de sociedades a los efectos de la LC, siendo irrelevante el hecho de que la relación entre la sociedad deudora y acreedora no sea jerárquica. En la medida en que las dos sociedades se encuentran controladas por el mismo sujeto, estamos ante un grupo de sociedades.

La segunda problemática que, por primera vez, es abordada por la Sala Primera del TS, radica en que el control sobre ambas sociedades es ejercido por una persona física. Dado que, además de lo mencionado anteriormente, la sociedad deudora y la acreedora tienen un mismo administrador persona jurídica que ha designado al mismo representante persona física en ambas sociedades y que sus ejecutivos tienen poderes cruzados para actuar en nombre de una u otra sociedad, el TS no duda en considerar que existe una clara situación de control mediante mecanismos societarios. En este sentido, la STS considera que la remisión que hace la



La existencia de un concepto general del grupo de sociedades en el derecho español no impide la necesidad de que deba interpretarse atendiendo al fin de la norma que resulte de aplicación.

Disposición Adicional Sexta de la LC al art.42.1 del CCom hace referencia al control sobre las sociedades, no siendo necesario que quien ejerza el control sea una persona jurídica con obligaciones de carácter contable, ya que estas obligaciones contenidas en el CCom son sólo relevantes a efectos de la contabilidad, pero no así cuando debe acudirse al mencionado precepto por remisión de otra norma para determinar qué se entiende por un grupo de sociedades.

En conclusión, si bien la normativa concursal se remite a la noción de grupo de sociedades dada por el CCom, basándose, indudablemente, en la existencia de un control directo o indirecto, el art. 42 de dicha norma no debe interpretarse, a estos efectos, de forma literal, hasta el punto de que se excluyaa la posibilidad de que el control sea ejercido por una persona física, por no tener obligaciones contables y, en consecuencia, deber de consolidación. Así, la existencia de un concepto general del grupo de sociedades en el derecho español no impide la necesidad de que deba interpretarse atendiendo al fin de la norma que resulte de aplicación.

Desarrollo del marco normativo europeo de MIFID II y MIFIR (segunda parte)

Fernando Revuelta
Departamento de Bancario y Financiero

Con fecha 31 de marzo de 2017 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva y los Reglamentos Delegados que forman el nivel II de desarrollo técnico de MiFID II y MiFIR (nivel I). Antes nos hemos ocupado del contenido de la Directiva Delegada. Esta segunda publicación se refiere al desarrollo de MiFID II por los distintos Reglamentos Delegados.

El desarrollo normativo de MiFID II y MiFIR incluye 28 nuevos Reglamentos Delegados. De entre todos ellos, queremos destacar el Reglamento Delegado 2017/565 de 25 de abril de 2016 por el que se completa MiFID II, en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

Entre las cuestiones más relevantes desarrolladas por el Reglamento Delegado podemos encontrar las siguientes:

- **Cuándo se considera que una empresa presta el servicio de asesoramiento en materia de inversión.**

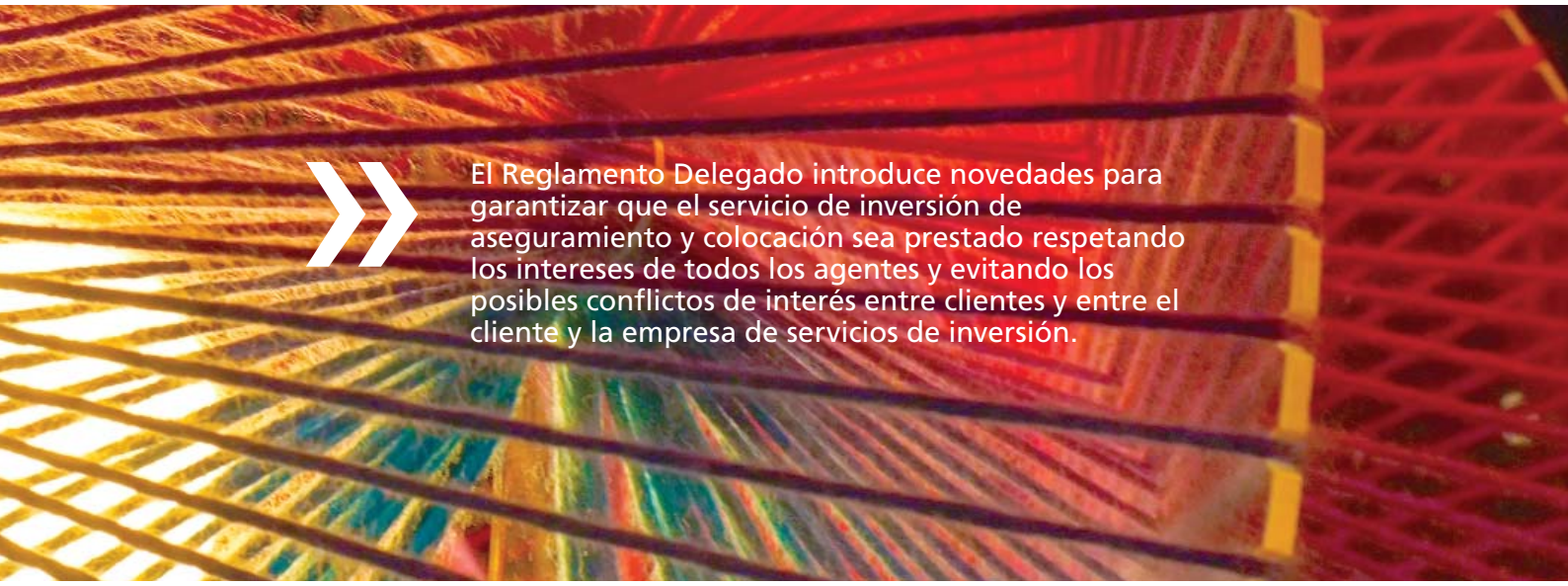
MiFID II ya indicaba que el (i) asesoramiento sobre instrumentos financieros dirigido al público en general o (ii) el asesoramiento genérico sobre un tipo de instrumento financiero no se consideraba como asesoramiento en materia de inversión. El creciente número de intermediarios que ofrecen recomendaciones personalizadas mediante el uso de canales de distribución, explica que se aclare en el Reglamento Delegado que una recomendación emitida, de manera exclusiva, a través de un canal de distribución (como por ejemplo, a través de Internet o correo electrónico) podría considerarse una recomendación personalizada y por tanto constituir asesoramiento en materia de inversión.

- **Cuándo un servicio de inversión se presta de forma accesoria a una actividad profesional.**

El Reglamento Delegado hace uso de la facultad concedida a la Comisión para aclarar cuándo una actividad se presta de forma accesoria, lo que la excluye del ámbito de aplicación de MiFID II. Para ello se requiere (i) una conexión estrecha y objetiva entre la actividad profesional y el servicio de inversión al mismo cliente, de modo que quede patente el carácter accesorio el servicio; (ii) la prestación ocasional del servicio del servicio de inversión (accesorio); y (iii) que la empresa que desempeñe la actividad profesional no comercialice o promocione su capacidad de ofrecer dichos servicios.

- **Obligaciones en relación con los servicios de inversión de aseguramiento y colocación.**

El Reglamento Delegado introduce novedades para garantizar que el servicio de inversión de aseguramiento y colocación sea prestado respetando los intereses de todos los agentes y evitando los posibles conflictos de interés entre clientes y entre el cliente y la empresa de servicios de inversión. Las novedades que introduce el Reglamento Delegado recogen (i) los requisitos que debe cumplir una empresa de servicios de inversión relativos al



El Reglamento Delegado introduce novedades para garantizar que el servicio de inversión de aseguramiento y colocación sea prestado respetando los intereses de todos los agentes y evitando los posibles conflictos de interés entre clientes y entre el cliente y la empresa de servicios de inversión.

contacto preliminar con el cliente cuando asesora sobre estrategia de financiación empresarial, (ii) los mecanismos para prevenir los posibles conflictos de interés, y (iii) la obligatoriedad, para las empresas que presten servicios de colocación de instrumentos financieros, de disponer de una política de asignación que defina el procedimiento para elaborar recomendaciones, para prevenir que las recomendaciones relativas a su colocación resulten inadecuadamente influidas por cualesquiera relaciones existentes o futuras.

- **Políticas de remuneración en las empresas de servicios de inversión.**

El Reglamento Delegado desarrolla el contenido de las políticas y prácticas de la remuneración de las empresas de servicios de inversión, con el objetivo de mejorar las medidas de protección del inversor. Para ello se obliga a que dichas políticas y prácticas se apliquen a todas las personas que incidan en los servicios de inversión o auxiliares prestados o en su conducta empresarial, independientemente del tipo de clientes, si la remuneración de dichas personas u otros incentivos similares pueden generar un conflicto de intereses. El Reglamento Delegado, en su exposición de motivos, recoge un listado ejemplificativo de empleados a los que, por sus responsabilidades, les sería, en principio, de aplicación las políticas de remuneración (i.e.: personal de ventas, supervisores, analistas financieros, personal de atención al cliente, etc.).

- **Criterios para la consideración de un instrumento como no complejo.**

El Reglamento Delegado, haciendo uso de las facultades de delegación conferidas por MiFID II, establece los criterios para determinar qué instrumentos financieros tendrán la consideración de no complejos aun sin estar expresamente recogidos en MiFID II. Entre los requisitos destacan que los instrumentos deban (i) tener frecuente posibilidades de venta, (ii) que no supongan pérdidas superiores al coste de adquisición o (ii) que no tengan gastos de salida explícitos o implícitos.

Apuntes sobre el uso del velo islámico en el lugar de trabajo y su posible prohibición

Sergio Quintana
Departamento de Laboral

En fecha 14 de marzo de 2017 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado dos importante sentencias sobre las condiciones las en que, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, el empresario puede prohibir a sus trabajadoras llevar el velo islámico.

La primera de las sentencias es la recaída en el Caso G4S Secure Solutions, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") entra a conocer una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación de Bélgica sobre si la prohibición empresarial de llevar pañuelo impuesta a una trabajadora musulmana constituye una discriminación directa, teniendo en cuenta que todos los trabajadores de la empresa tienen prohibido llevar signos externos de sus convicciones en el lugar de trabajo.

El TJUE basa su fallo en la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante "la Directiva"). De acuerdo con esta norma, se podrá establecer una diferencia de trato basada en una carac-terística relacionada con cualquiera de los motivos de religión o convicciones, en atención a la naturaleza de la actividad profesional concreta que se trate o al contexto que se lleve a cabo, si dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

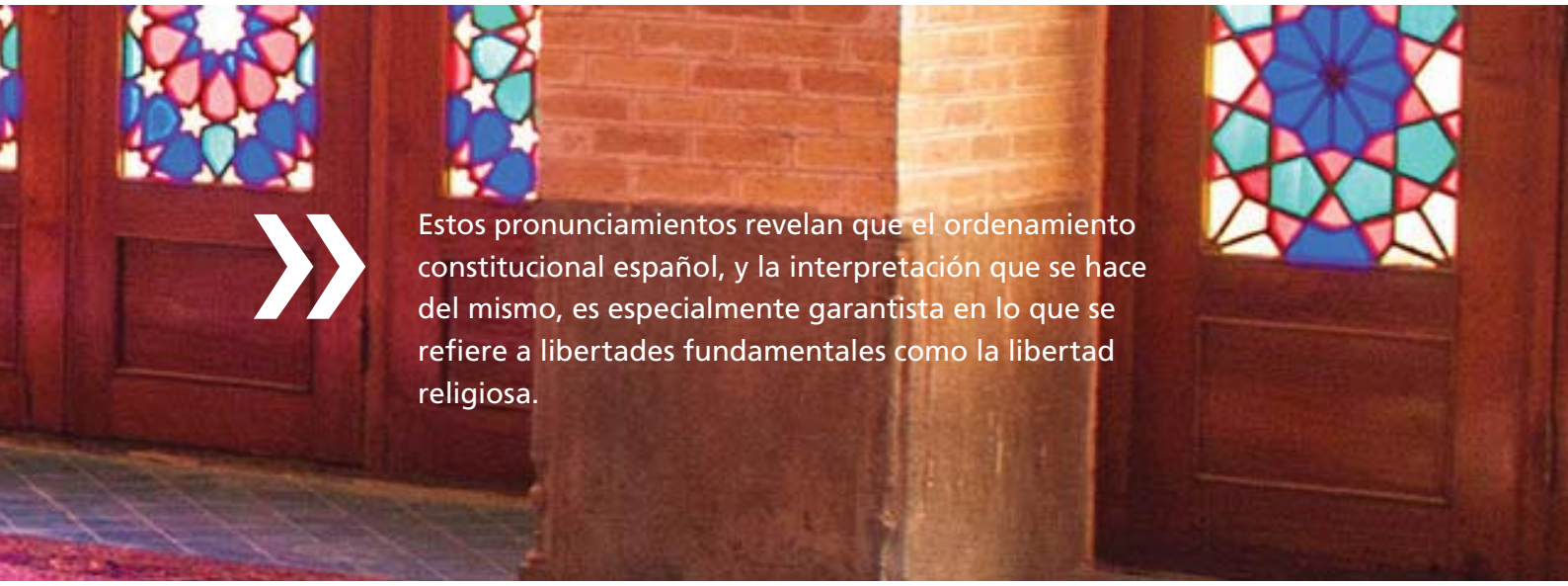
En primer lugar, señala el TJUE, que ha de considerarse legítima la voluntad empresarial de mantener una postura de neutralidad religiosa en las relaciones con los clientes. En efecto, este deseo de ofrecer una imagen neutra a los clientes, continúa el TJUE, está vinculado a la libertad de empresa y se encuentra especialmente justificado cuando el empresario sólo prohíbe dichas manifestaciones externas de convicciones religiosas con respecto a trabajadores que van a estar contacto con los clientes.

Asimismo, el TJUE viene a declarar que la medida de prohibición resulta adecuada, para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática, como acontece en el supuesto planteado, máxime cuando la prohibición solo era aplicable a los trabajadores que estaban en contacto con los clientes.

Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que la prohibición empresarial de llevar un pañuelo islámico en un centro de trabajo donde no está permitido el uso visible de cualquier signo religioso en el lugar de trabajo, no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones.

No obstante lo anterior, el TJUE matiza que tal norma interna podría llegar a constituir discriminación indirecta si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, en la práctica, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión concreta o tienen unas convicciones determinadas, si no se cumplieran los requisitos de justificación, adecuación y necesidad a que se refiere el Derecho de la Unión.

La segunda sentencia, recaída en el Caso Bougnaoui y ADDH, sobre si es contrario al Derecho de la Unión



Estos pronunciamientos revelan que el ordenamiento constitucional español, y la interpretación que se hace del mismo, es especialmente garantista en lo que se refiere a libertades fundamentales como la libertad religiosa.

Europea, el despido a una trabajadora musulmana a raíz de la incomodidad manifestada por el cliente de la empleadora como consecuencia del pañuelo islámico que llevaba. En varias reuniones entre dicha trabajadora y los distintos responsables de la empresa, tras poner éstos de manifiesto el total respeto a la libertad de expresión y convicciones de los empleados, se le solicitó que en las relaciones con los clientes se abstuviera de usar el velo. La trabajadora se negó y, en consecuencia, fue despedida.

En este supuesto, el TJUE declara que el concepto de "requisito profesional esencial y determinante" implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente.

El alcance de estos pronunciamientos en las legislaciones nacionales debe analizarse sin olvidar que la Directiva en que se basan establece unas garantías mínimas que (i) ni impiden a los Estados miembros establecer disposición más favorables para los trabajadores, ni (ii) permiten reducir el nivel de protección ya asegurado por las legislaciones nacionales.

En España, la libertad religiosa y su exteriorización forman parte de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a todo ciudadano. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional viene declarando que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para el trabajador del derecho a difundir libremente sus pensamientos y que la libertad de empresa no legitima que los trabajadores deban soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1985 de 19 de julio). Estos derechos sólo ceden cuando la medida que los restringe sea necesaria para lograr un fin legítimo y proporcionada para alcanzarlos, siempre que resulte respetuosa con el derecho fundamental restringido (Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1994 de 28 de febrero).

Estos pronunciamientos revelan que el ordenamiento constitucional español, y la interpretación que se hace del mismo, es especialmente garantista en lo que se refiere a libertades fundamentales como la libertad religiosa.

Siguiendo esta línea, el 6 de febrero de 2017, el Juzgado de lo Social número 1 de Palma de Mallorca, dictó una sentencia por la que estimaba que una empresa había lesionado el derecho a la libertad religiosa de una empleada musulmana al sancionarla por cubrirse la cabeza con un velo islámico en contra de lo que se consideraban las normas de de la empresa a cerca de llevar uniforme.

Es cierto que en este caso no se acreditó que la empresa siguiera una política de neutralidad religiosa o que la opción de la trabajadora por cubrirse con el hiyab hubiera causado perjuicio a la empresa. No obstante, cabría preguntarse si el sentido del fallo obedece a unos antecedentes de hecho concretos o constituyen un precedente de lo que será una doctrina judicial que permita el uso general del pañuelo islámico en el lugar de trabajo, de tal forma que la posibilidad de prohibir el uso del velo islámico en el lugar de trabajo sobre la que resuelve el TJUE en el Caso G4S Secure Solutions quede vacía de contenido en la aplicación del Derecho Nacional Español.

¿Es compatible el impuesto catalán sobre el riesgo de radiactividad con el impuesto estatal existente?

José María Pernas
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

Al hilo de la reciente aprobación de un nuevo impuesto a las centrales nucleares por la Generalitat de Catalunya, se analiza si este impuesto grava o no el hecho imponible ya regulado por otros impuestos estatales para las centrales nucleares.

En estos meses en los que los titulares de varias centrales nucleares han puesto en duda la viabilidad económica de acometer nuevas mejoras ante los impuestos que las gravan, se ha publicado el 31 de marzo de este año en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya la Ley 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, por la que se crea un impuesto que grava la producción de elementos radiotóxicos en reacciones termonucleares, así como su manipulación, transporte y custodia, así como la emisión de elementos radiotóxicos al medio ambiente, ya sean rutinarias o accidentales.

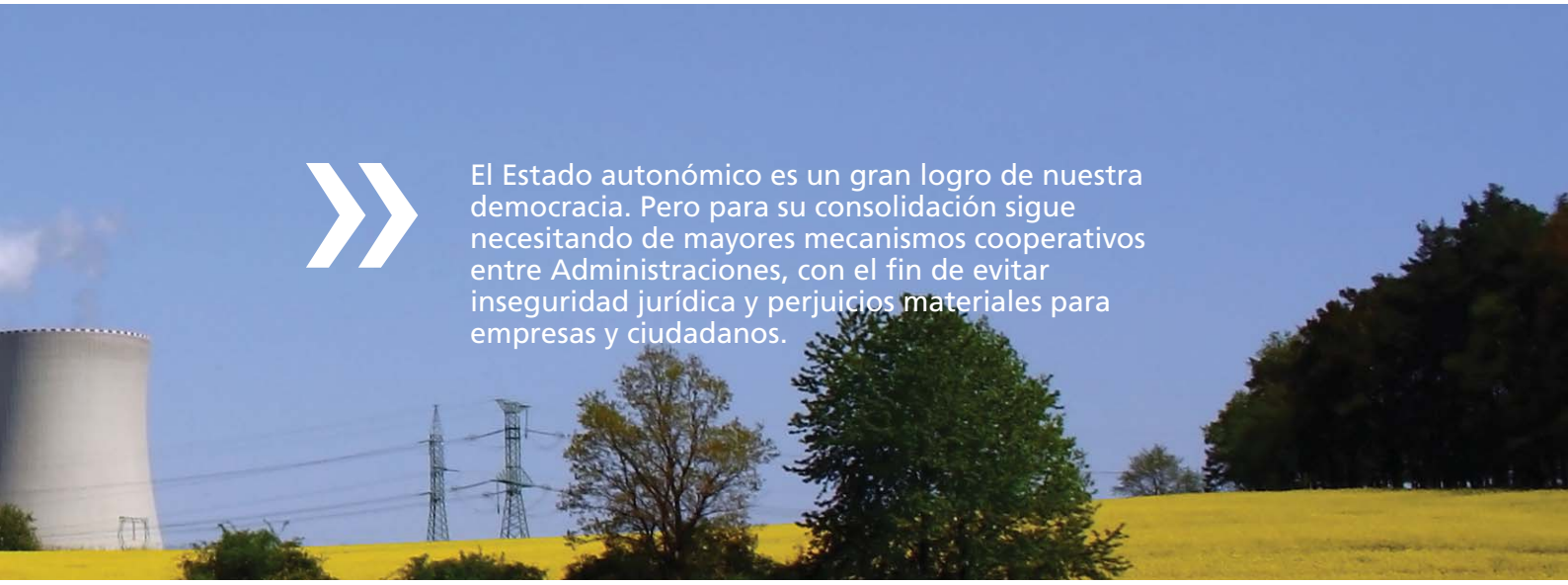
Este tributo recaería principalmente sobre la Asociación Nuclear Ascó Vandellòs (ANAV), operador de las tres nucleares de Cataluña.

Ocurre que este impuesto ya fue creado en un principio por la Ley autonómica 12/2014, de 10 de octubre, y que dicha Ley fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en sentencia número 74/2016, de 14 de abril, por entender que regulaba el mismo hecho imponible que el incluido en el impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoeléctrica, creado por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética ("Ley 15/2012").

El Tribunal Constitucional no acogió el argumento de la Generalitat de que existían diferencias sustanciales entre los hechos imponibles, pues según el Tribunal el impuesto estatal grava tanto la producción de combustible como de los residuos radiactivos, de modo que si a nivel autonómco se gravan esos residuos existe una coincidencia de hechos imponibles. Además también resaltaba las coincidencias en la medida utilizada para cuantificar la base imponible (kilógramos de metal pesado del combustible nuclear gastado y peso de ese combustible) y en los tipos impositivos.

El preámbulo de la nueva Ley catalana parece querer justificar el diferente hecho imponible con el tributo estatal alegando que "bajo el punto de vista territorial, la externalidad negativa es esencialmente local, puesto que las emisiones de los productos radiotóxicos derivados de las actividades gravadas tienen un impacto relevante inmediato en el territorio en el que se producen estas emisiones, circunstancia que avala que el gravamen se imponga por parte de quien tiene la potestad tributaria más directa sobre este territorio, o sea, en este caso, la Generalidad".

No parece valida la argumentación del preámbulo respecto a que las externalidades del impuesto solo se producen en Cataluña, pues el hecho imponible ya parece estar gravado por una ley estatal. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha dejado claro que basta con que existan "coincidencias sustanciales entre



El Estado autonómico es un gran logro de nuestra democracia. Pero para su consolidación sigue necesitando de mayores mecanismos cooperativos entre Administraciones, con el fin de evitar inseguridad jurídica y perjuicios materiales para empresas y ciudadanos.

los elementos sustanciales de ambos impuestos" para entender que un impuesto autonómico es inconstitucional.

En este sentido el impuesto catalán vuelve a tener un objeto muy similar al ya enunciado impuesto estatal, pues en este impuesto también se grava la producción de residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nucleoeléctrica, que son acondicionados con carácter temporal en el propio emplazamiento de la instalación. Como decía el Tribunal Constitucional, "el hecho de que el impuesto estatal grave, además, la producción de residuos radiactivos, no obstaculiza la conclusión alcanzada de coincidencia de hechos imponibles". Es decir, aunque el impuesto estatal tenga un alcance mayor que el catalán (no solo grava la producción de residuos radioactivos sino también la de combustible nuclear gastado), ello no impida que exista esa coincidencia.

El impuesto autonómico estaría así vulnerando el artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, el cual, con el fin de evitar la doble imposición interna, prohíbe que las Comunidades Autónomas establezcan tributos sobre hechos imponibles ya gravados por el Estado o las corporaciones locales. Cabe tener en cuenta que el Gobierno central está en plazo todavía para interponer un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley catalana (tres meses desde su publicación el 31 de marzo).

Al repetirse casos de conflictos materiales de competencia en materia tributaria se hace necesaria la creación de un trámite previo en la aprobación de impuestos autonómicos, consistente en la consulta al Gobierno de España sobre la afección que un impuesto pueda tener sobre la regulación básica. Ello cumpliría con el mandato del artículo 156 de la Constitución, que permite a las Comunidades Autónomas ejercitar sus competencias con arreglo al principio de coordinación con la Hacienda estatal, pero que no se ha concretado en la práctica en los trámites que preceden a la aprobación de impuestos autonómicos. Podría ser una medida válida al respecto la propuesta número 125 del Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español, que va dirigida a crear un procedimiento dentro del Consejo de Política Fiscal y Financiera que permita valorar con carácter previo a su aprobación "si los nuevos tributos están ya gravados por el Gobierno central".

Como conclusión –y que no vaya la misma a título de excusatio non petita–, no está de más decir que el Estado autonómico es un gran logro de nuestra democracia. Pero para su consolidación sigue necesitando de mayores mecanismos cooperativos entre Administraciones, con el fin de evitar inseguridad jurídica y perjuicios materiales para empresas y ciudadanos. Este nuevo impuesto autonómico es un buen ejemplo de ello.

El perfil de contratante que está por llegar

Carlos Tallón
Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados

El nuevo Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que viene a transponer al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23 y 2014/24, se encuentra en plena tramitación parlamentaria. Una de las novedades a resaltar del texto es la sensible modificación de las disposiciones relativas al perfil del contratante, regulación mucho más exhaustiva que le concede a esa figura un papel principal como instrumento de publicidad en el seno de los contratos públicos.

Uno de los destacables aciertos del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público es la modificación de las disposiciones aplicables al perfil del contratante, como elemento esencial de publicidad de las distintas fases y actos que se suceden en la tramitación de los contratos de índole pública. Se encuentra regulado en el artículo 63 del texto legal.

Como primera novedad, los órganos de contratación se verían obligados a difundir exclusivamente a través de internet su perfil del contratante, debiendo constar expresamente en los pliegos la forma de acceso al citado perfil, así como en los anuncios de licitación, lo que por supuesto no obstará a que puedan utilizarse además medios de publicidad adicionales, si así se estableciera.

Todo ello cobra sentido, más aún si cabe, si tenemos en cuenta que en octubre de 2016 entraron en vigor las nuevas leyes de procedimiento administrativo y reguladoras del sector público, cuya principal novedad es la regulación del uso transversal de medios electrónicos en las relaciones con las Administraciones Públicas y entre estas y los administrados.

Por otro lado, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público elimina la falta de concreción de la que adolece la actual normativa aplicable en relación al contenido del perfil del contratante y procede a fijar con claridad qué información debe ser publicada en él. Prueba de ello es que en el texto actualmente aplicable se establece que el perfil podrá incluir "cualesquiera" datos e informaciones. Por el contrario, el nuevo proyecto desarrolla un listado numerus clausus con la información que "deberá" publicar el órgano de contratación en relación con el contrato de que se trate.

En este sentido, los órganos de contratación habrían de publicar, entre otros, el objeto, duración, el presupuesto base de licitación, importe, las modificaciones del contrato, la interposición de recursos, la declaración de desierto, la composición de las mesas, los procedimientos anulados, el número de licitadores o, como no puede ser de otra manera, los pliegos y demás documentos que configuren una contratación de índole pública.

Eso sí, las obligaciones no son las mismas en todas las tipologías de contratos públicos. En el marco de los contratos menores, por ejemplo, la publicación de la información en el perfil del contratante puede realizarse trimestralmente y puede incluir tan sólo la información relativa a su objeto, duración, importe de la adjudicación

Estas novedades introducidas en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público con respecto al perfil del contratante tienden al fomento de una mayor transparencia en el seno de los contratos públicos.

y la identidad del adjudicatario. Por otro lado, en el caso de que esos contratos menores tuvieran un valor estimado de menos de cinco mil euros quedarían exceptuadas de la publicación, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores sea uno de los que normalmente se utilizan para efectuar pagos menores.

De esta manera, estas novedades introducidas en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público con respecto al perfil del contratante tienden al fomento de una mayor transparencia en el seno de los contratos públicos, lo que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de la contratación pública, garantizando el acceso libre, directo, completo y gratuito de todos los eventuales adjudicatarios, y que deberá poder efectuarse desde la misma fecha de publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

Nuevas pautas europeas para evitar infringir el Derecho de la competencia en el sector del comercio electrónico

Aida Oviedo y Daniel Arribas
Departamento de Competencia y UE

Se ofrece a continuación un análisis de urgencia respecto del Informe de la Comisión Europea sobre la investigación sectorial que ha llevado a cabo en torno al comercio electrónico, publicado el 10 de mayo de 2017. La Comisión no entiende necesaria la actualización de la normativa al respecto, pero el Informe proporciona nuevas pautas de actuación para que las empresas eviten llevar a cabo prácticas anticompetitivas.

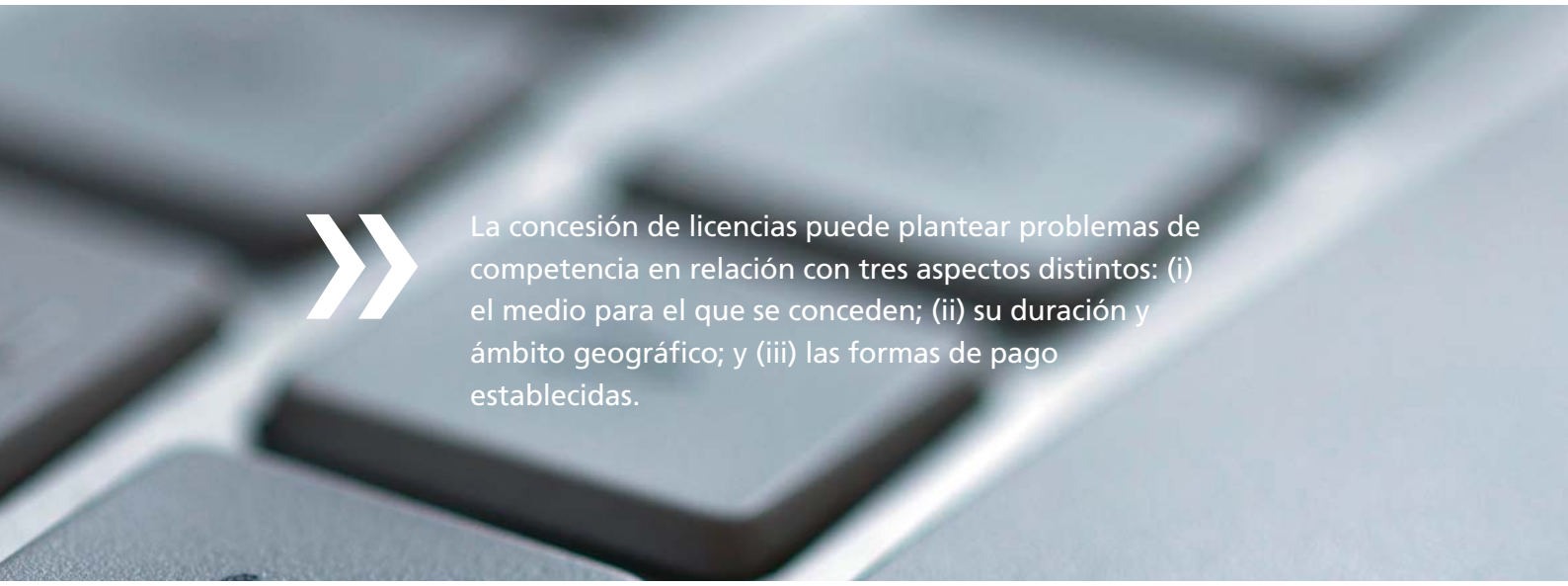
En mayo de 2015, tras comprobar el auge que estaba teniendo en la Unión Europea el comercio electrónico, la Comisión Europea comenzó una investigación sectorial para identificar posibles prácticas restrictivas de la competencia en las relaciones entre los diferentes actores de la economía digital. Tras un proceso de investigación y consulta pública a los interesados del informe preliminar, emitido en septiembre de 2016 la Comisión ha publicado el Informe final en el que resume sus principales preocupaciones al respecto.

El Informe está dividido en dos apartados: el relativo a la distribución de bienes de consumo, tales como productos textiles o electrónicos, y el relativo al comercio electrónico de contenidos digitales, en el que se han analizado tanto las prácticas de los distribuidores de productos audiovisuales o musicales en formato digital, como las de los titulares de los derechos sobre esos productos. Las principales conclusiones alcanzadas respecto de los bienes de consumo son las siguientes:

- La Comisión Europea ha detectado una elevada utilización, en el marco de sistemas de distribución selectiva, de la imposición al distribuidor de la obligación de tener una tienda física para poder operar una tienda online. Se trata de un requisito admitido por la normativa de competencia, por cuanto busca la mejora cualitativa de la distribución; sin embargo, se han identificado determinados supuestos en los que la única finalidad de esta imposición es excluir a aquellos operadores que solo tienen presencia online, lo que podría implicar una infracción del Derecho de la competencia.

- También en el marco de sistemas de distribución selectiva, la Comisión considera que la práctica recurrente por la cual fabricantes o proveedores prohíben a los distribuidores minoristas la venta de sus productos a través de plataformas de terceros (*marketplaces* como Amazon) no se trata de una restricción especialmente grave, de forma que su compatibilidad con la normativa de competencia debe ser evaluada en cada caso concreto. En esta materia, sin embargo, está pendiente de conocerse la postura que adopte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la resolución del asunto Coty.

- El Informe advierte que el incremento de la transparencia en precios que ha implicado el comercio online es positivo para los consumidores, pero puede permitir a los fabricantes monitorizar el cumplimiento de los precios de reventa "recomendados" por parte de sus distribuidores o incluso facilitar la colusión entre



estos últimos, lo que en ambos casos supondría una alineación de precios de los productos de una misma marca.

- La Comisión Europea parece relajar su posición sobre los sistemas de doble precio según la venta se produzca en tienda física o en Internet. En el Informe se mantiene que, en determinadas circunstancias, imponer precios de cesión diferentes a un mismo distribuidor minorista dependiendo del canal de venta (offline / online) podría estar justificado (por ejemplo, para compensar inversiones y evitar problemas de *free-riding*). Además, se clarifica que establecer distintos precios de cesión a diferentes distribuidores minoristas es una práctica habitual en mercados competitivos.

- Por último, y ante el incremento que el comercio electrónico ha supuesto en cuanto a la recopilación de datos de diferentes operadores, la Comisión advierte que el intercambio de datos sensibles, como precios o cantidades, entre plataformas (*marketplaces*) y vendedores, o entre fabricantes con tiendas propias y sus minoristas, puede dar lugar a intercambios prohibidos de información cuando estos sean competidores directos.

En cuanto al contenido digital, el Informe advierte de que la concesión de licencias puede plantear problemas de competencia en relación con tres aspectos distintos: (i) el medio para el que se conceden; (ii) su duración y ámbito geográfico; y (iii) las formas de pago establecidas.

- Con respecto a los medios para los que se otorgan los derechos, es común que las licencias sean otorgadas de forma empaquetada, esto es, para el uso de los contenidos en distintos medios de forma conjunta (por ejemplo, online, por satélite y terrestre). El Informe indica que este tipo de licencia empaquetada puede impedir la entrada de nuevos competidores cuando sea adquirida por operadores tradicionales que no la exploten en los diferentes medios cubiertos por la licencia.

- La duración de los acuerdos o su ámbito geográfico también pueden suponer un desincentivo para la entrada de nuevos competidores o expansión de los ya existentes. Este efecto se producirá, en particular, cuando las licencias se concedan de forma exclusiva por periodos muy amplios o respecto de ámbitos geográficos determinados y exista la posibilidad de renovarlas sin entrar en nuevas negociaciones.

- La forma de pago de estas licencias también tiene implicaciones desde la perspectiva de competencia. La Comisión Europea entiende que el hecho de solicitar pagos adelantados, garantías mínimas o cuotas fijas independientemente de los usuarios finales puede beneficiar a los actores ya establecidos en el mercado (que ya tienen capacidad para afrontar estas inversiones) pero limitar el acceso o aparición de otros nuevos.

Restricciones a la publicidad de bebidas alcohólicas en aplicaciones audiovisuales móviles

Daniel Arribas
Departamento de Competencia y UE

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") considera que la prohibición de emitir en televisión publicidad de bebidas alcohólicas con una graduación superior a 20 grados también es extrapolable a los contenidos audiovisuales distribuidos a través de aplicaciones móviles. Esta consideración también podría afectar a la publicidad en horarios de especial protección del menor.

La Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial ("Autocontrol") solicitó a la CNMC, dentro de las competencias supervisoras en materia audiovisual que ésta tiene, que se pronunciase sobre la interpretación de unos preceptos que podrían resultar ambiguos dentro de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual ("LGCA").

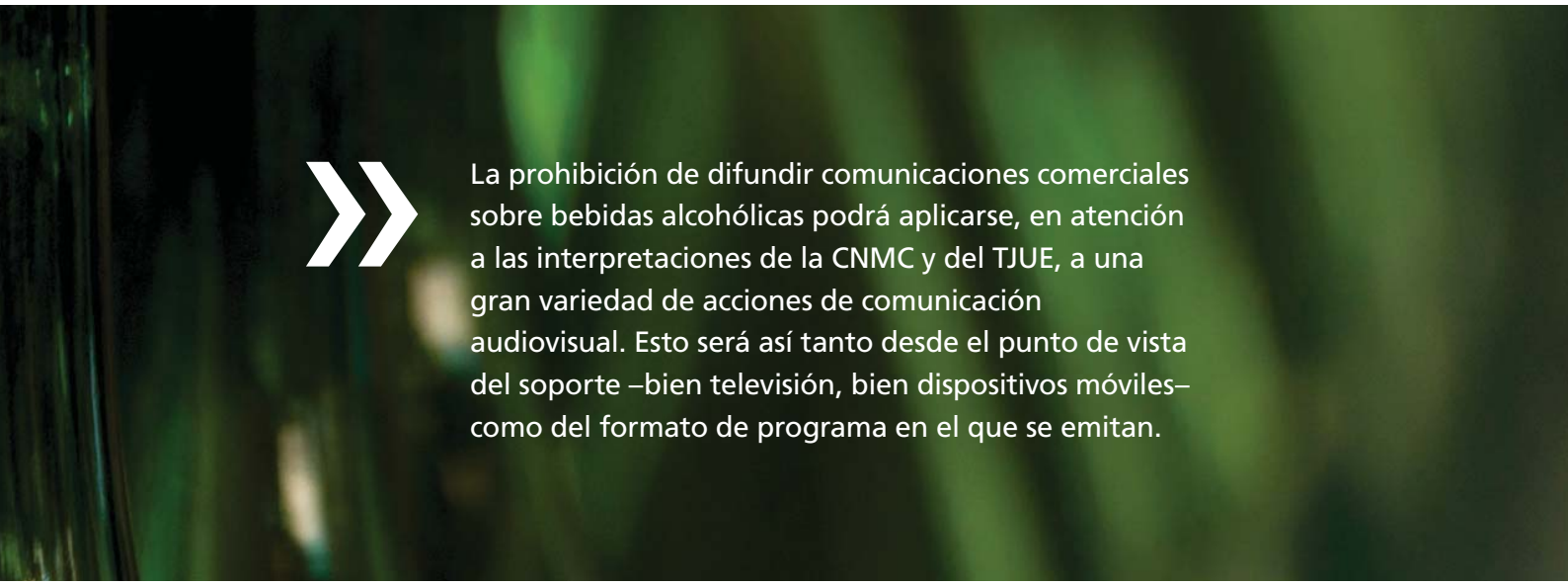
El punto tercero del artículo 18 de la LGCA determina que está prohibida la emisión de comunicaciones comerciales televisivas que hagan alusión a bebidas alcohólicas con un nivel superior a veinte grados. Al referirse este punto a "comunicaciones comerciales televisivas", Autocontrol consultó a la CNMC si este término también contemplaría las plataformas y aplicaciones para teléfonos, tabletas u ordenadores a través de las cuales se distribuyen contenidos audiovisuales. Es decir, si las comunicaciones comerciales emitidas a través de estas plataformas también estarían sometidas a las restricciones impuestas a las televisiones, aun no entrando las mismas en el tenor literal del precepto de la LGCA.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que las restricciones a las comunicaciones comerciales sobre bebidas alcohólicas responden a las preocupaciones de salud pública. Partiendo de esta base y de las definiciones contempladas en la LGCA, la CNMC hace una interpretación amplia del término "comunicación comercial televisiva" en este punto, de tal manera que entiende que dicho precepto también engloba a aquellas aplicaciones que permiten el visionado de programas en dispositivos móviles, denominados como televisión en movilidad.

Una vez solventada esta cuestión, la CNMC determina que, por tanto, a través de estas aplicaciones no se podrán emitir comunicaciones comerciales sobre bebidas alcohólicas que tengan una graduación mayor a 20 grados.

Esta interpretación amplia de la CNMC sobre el concepto de comunicación comercial televisiva puede conllevar otro tipo de consecuencias no recogidas en la contestación a la consulta formulada por Autocontrol. En el ya mencionado artículo 18 de la LGCA también se contempla la prohibición de emitir publicidad de cualquier tipo de bebidas alcohólicas, incluso con una graduación menor a 20 grados, fuera de la franja de tiempo comprendida entre las 20.30 horas y las 6 horas del día siguiente, pues la misma se considera una franja de especial protección del menor.

En programaciones lineales emitidas a través de aplicaciones móviles –por ejemplo, la programación continua



La prohibición de difundir comunicaciones comerciales sobre bebidas alcohólicas podrá aplicarse, en atención a las interpretaciones de la CNMC y del TJUE, a una gran variedad de acciones de comunicación audiovisual. Esto será así tanto desde el punto de vista del soporte –bien televisión, bien dispositivos móviles– como del formato de programa en el que se emitan.

de un canal de televisión– la implementación de esta segunda prohibición podría ser interpretada de forma análoga a la efectuada por la CNMC. Esto es, los editores de los contenidos audiovisuales deberán abstenerse de introducir comunicaciones comerciales sobre bebidas alcohólicas de cualquier graduación en la franja mencionada, independientemente del soporte a través del que se emita, bien sea televisión bien sea a través de un dispositivo móvil.

La aplicación de limitaciones por franjas horarias al vídeo bajo demanda –de hecho, el más demandado cuando se trata de aplicaciones móviles- plantearía, no obstante, problemas prácticos. En el caso de no disponer estas aplicaciones móviles de mecanismos de discriminación horaria por los que poder diferenciar el contenido a mostrar dependiendo de la hora del día, la implementación de esta prohibición podría suponer la exclusión de facto de la promoción de cualquier tipo de bebida alcohólica de los contenidos bajo demanda distribuidos a través de dispositivos móviles.

Cobra mayor importancia este extremo si tenemos en cuenta las interpretaciones en sentido amplio que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") ha llevado a cabo sobre los contenidos bajo demanda que se ven afectados por la normativa de comunicación audio-visual.

Así, en el asunto C-347/14 - *New Media Online*, el TJUE llegó incluso a calificar como programa en el sentido de la normativa de comunicación audiovisual, la puesta a disposición, en un subdominio del sitio de Internet de un periódico, de vídeos de corta duración que corresponden a secuencias cortas extraídas de noticias locales, deportivas o de entretenimiento.

Por tanto, la prohibición de difundir comunicaciones comerciales sobre bebidas alcohólicas podrá aplicarse, en atención a las interpretaciones de la CNMC y del TJUE, a una gran variedad de acciones de comunicación audiovisual. Esto será así tanto desde el punto de vista del soporte –bien televisión, bien dispositivos móviles– como del formato de programa en el que se emitan.

Con la consulta a la CNMC que aquí hemos desgranado se vuelve a poner de manifiesto la necesidad de actualización de gran parte de la normativa que regula los servicios audiovisuales y de comunicaciones electrónicas. En la actualidad, muchos de los servicios que se han desarrollado en los últimos tiempos –como los OTT– no se encuentran cubiertos por las mismas, a pesar de ofrecer funcionalidades similares a los servicios tradicionales. Queda, pues, mucho por decir en la materia…

Nuevo varapalo para el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana... Ya no quedan excusas para posponer el cambio legislativo

Diego de Miguel y María González
Departamento de Tributario

El pasado 28 de febrero de 2017, nos hacíamos eco de las sentencias del Tribunal Constitucional números 6/2017 y 37/2017, relativas a sendas cuestiones de inconstitucionalidad, promovidas, respectivamente, por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 3 de Donostia y número 3 de Vitoria-Gasteiz, en relación con el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana ("IIVTNU").

En dichos pronunciamientos, se declaraban inconstitucionales los artículos 1, 4 y 7.4 de la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, y de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, normas éstas que, en sus respectivos territorios forales (territorio histórico de Gipuzkoa y Álava, respectivamente) regulan el IIVTNU.

El motivo, fundamentalmente, y como ya comentamos en nuestro post anterior, residía en que, de conformidad con la redacción de los referidos preceptos, cualquier transmisión de bienes inmuebles se sometería a tributación por el IIVTNU independientemente de que no se produjera una plusvalía real en sede del transmitente.

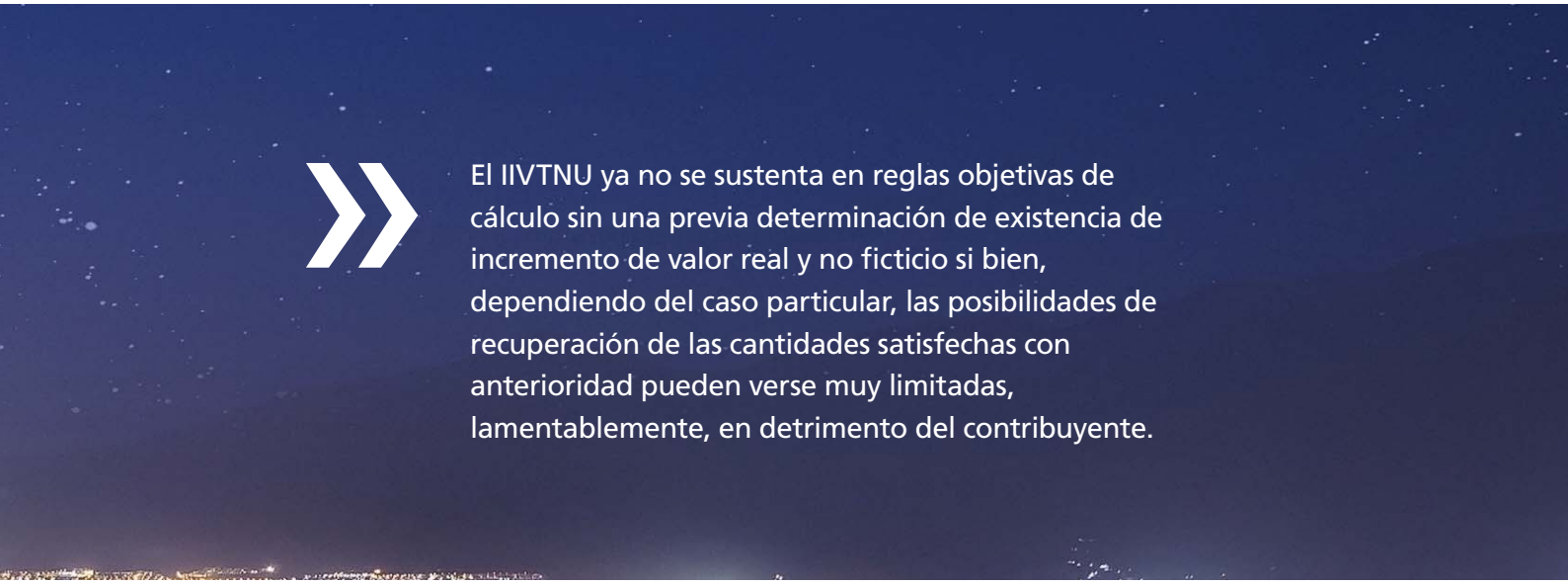
En la misma línea que lo anterior, la semana pasada, concretamente en fecha 11 de mayo de 2017, el Pleno del Tribunal Constitucional ("TC") ha acordado por unanimidad declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la normativa equivalente a nivel estatal, esto es, los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

De nuevo, el TC estima que el IIVTNU vulnera el principio constitucional de capacidad económica, en la medida en que la sujeción a dicho impuesto no se encuentra vinculada a la existencia de un incremento real del valor del bien, sino a la titularidad del terreno durante un periodo de tiempo determinado.

Así, este nuevo pronunciamiento básicamente reproduce la doctrina sentada las sentencias antes referidas (SSTC 26/2017 y 37/2017), reiterando que la creación y mantenimiento de impuestos que graven el incremento del valor de los terrenos urbanos sólo puede ser admisible, desde un punto de vista constitucional, cuando éstos respeten el principio de capacidad económica (art. 31.1 CE). Y no es este el caso del IIVTNU, ya que, de nuevo, se estarían sometiendo a tributación situaciones que no son "exponentes de una riqueza real o potencial", sino casos de renta ficticia.

Sentado lo anterior, y en nuestra opinión, respecto de las cantidades que fueron satisfechas con anterioridad y que se encuentran impugnadas, sigue quedando pendiente una explicación fundamentada acerca de la cuestión de la prueba, esto es, cómo se demuestra que, efectivamente, no ha habido incremento de valor en una determinada transmisión.

Como señalábamos en el post anterior, parece que no está siendo suficiente aportar valores de adquisición y transmisión del inmueble, sino que se está requiriendo, por parte de los tribunales encargados de aplicar la



doctrina del TC, una acreditación fundamentada de que el terreno donde se encuentra situado el inmueble en cuestión, ha perdido valor durante el periodo de tenencia. Si bien ello ha venido siendo el criterio aplicado por los órganos jurisdiccionales, no deja de ser un problema a la hora de reclamar las cantidades satisfechas en exceso a consecuencia de una normativa que ha resultado ser inconstitucional (pero, recordemos, que sólo en la medida en que pudiera estar gravando renta ficticia). Y ello por cuanto en no pocas ocasiones, encargar un informe por parte de un experto que confirme que el terreno no ha sufrido incremento alguno en su valor, puede generar un coste superior al importe que se recuperaría reclamando éste en tribunales.

Finalmente, y respecto del cambio que se proyecta en la normativa estatal para su adaptación a esta nueva sentencia del TC, parece que ya podemos tomar como referencia los cambios producidos en la normativa foral a través del Decreto Foral-Norma 2/2017, de 28 de marzo, del Territorio Histórico de Gipuzkoa y del Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 3/2017, de 28 de marzo, del Territorio Histórico de Álava.

Los cambios indicados afectan, como no podía ser de otra manera, a la determinación de existencia o no de incremento de valor de los terrenos transmitidos, que resultará de efectuar una comparación entre el valor de adquisición de la propiedad y su valor de transmisión (supuesto base), sin adición de gastos, mejoras u otros conceptos, y considerando como valores de referencia aquellos que habrían de ser tenidos en cuenta a efectos de los impuestos que sometan a gravamen la transmisión de la propiedad de los inmuebles (presumiblemente, IVA o ITP).

En relación con lo anterior, conviene apuntar dos notas adicionales: (i) en el caso de que se concluya sobre la existencia de un incremento de valor, las normas para calcular la cuota del impuesto se mantienen como estaban; y (ii) se introduce un régimen transitorio para aquellas situaciones que se dan en la actualidad, de tal forma que: (a) para las liquidaciones que han devenido firmes antes de la publicación de la STC, no se permite su revisión/modificación de acuerdo con las nuevas reglas de determinación de existencia de incremento de valor; (b) para las liquidaciones giradas con posterioridad, se tendrán que adaptar a esta nueva normativa y (c) para las liquidaciones que se encuentran recurridas y pendientes de resolución, se resolverán o remitirán de nuevo a los Ayuntamientos (dependiendo de la fase de impugnación) para que se practiquen nuevas liquidaciones teniendo en cuenta la nueva regulación del IIVTNU.

En conclusión, nuevo varapalo para el IIVTNU que ya no se sustenta en reglas objetivas de cálculo sin una previa determinación de existencia de incremento de valor real y no ficticio, si bien, dependiendo del caso particular, las posibilidades de recuperación de las cantidades satisfechas con anterioridad pueden verse muy limitadas, lamentablemente, en detrimento del contribuyente.

A vueltas con la plusvalía municipal: la jurisprudencia previa a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Antonio Montero
Departamento de Tributario

Muy conocida es la Sentencia del Tribunal Constitucional del pasado 16 de febrero, derivada del cuestionamiento de la constitucionalidad de varios preceptos de la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana del Territorio Histórico de Gipuzkoa, en relación con los arts. 107 y 110.4, del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, por posible infracción tanto del principio de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad (art.31 CE), como del derecho de defensa (art. 24 CE), así como la posterior, del mismo Tribunal, de fecha 1 de marzo de 2017, en relación con análogo objeto pero en relación con la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del territorio histórico de Álava.

El último hito jurisprudencial lo constituye la Sentencia de 11 de mayo de 2017, también del Tribunal Constitucional, en la que se declara, ahora directamente, la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor, Sentencia en la que el Tribunal se remite a los Fundamentos Jurídicos incorporados en las dos previamente dictadas.

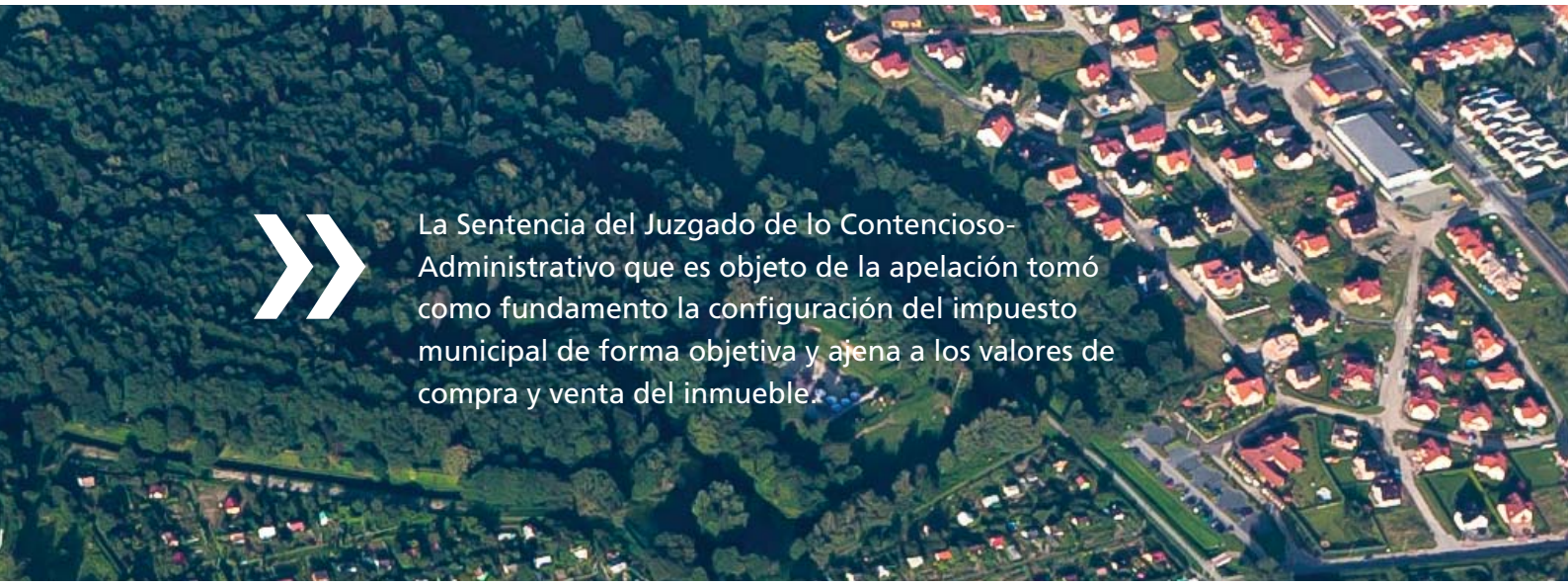
No vamos a dedicar este comentario al análisis de las mencionadas Sentencias, ya suficientemente analizadas (esencialmente las dos primeras y la última por remisión a aquellas) y de las previsibles consecuencias para los correspondientes erarios públicos, sino a la revisión de la doctrina que desde hacía ya algún tiempo venían sosteniendo los Tribunales de Justicia en relación con esta materia.

Y vamos a tomar como eje de nuestro comentario la Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de enero de 2017, dictada en el recurso 634/2016.

En esta Sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla entra a analizar lo que ella misma califica como cuestión principal a dilucidar, que no es otra que determinar si en los casos de venta del inmueble por un valor inferior al de compra, se devenga o no el citado impuesto, al defender la parte recurrente que no ha habido tal incremento a la vista de los precios de compra y venta del inmueble.

Lo primero que se indica es que la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que es objeto de la apelación tomó como fundamento la configuración del impuesto municipal de forma objetiva y ajena a los valores de compra y venta del inmueble, para a renglón seguido remitirse de forma directa previamente establecida por el propio Tribunal Superior de Justicia.

Esa doctrina aborda el sistema de determinación de la base imponible contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, que parte de



> La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que es objeto de la apelación tomó como fundamento la configuración del impuesto municipal de forma objetiva y ajena a los valores de compra y venta del inmueble.

la base de que en toda transmisión de los terrenos sujetos al impuesto ha habido un incremento de valor; este punto de partida tiene su origen en el axioma del continuado incremento de valor de los terrenos, que fue cierto durante décadas, pero que se ha visto alterado un los últimos años.

A juicio de la Sala, el incremento de valor experimentado por los terrenos de naturaleza urbana constituye el primer elemento del hecho imponible, de manera que si no se existiera tal incremento no se generaría el tributo, aun a pesar de la regla contenida en el citado artículo 107 para la determinación del cálculo de la cuota.

Y es que, a juicio del Tribunal, faltaría el elemento esencial del hecho imponible, no pudiendo surgir, por ende, la obligación tributaria, lo que en definitiva se traduce en un supuesto de no sujeción, argumentando, y esto es trascedente, que la solución al problema no puede ni debe resolverse tomando en consideración exclusivamente el método de cálculo en detrimento de la realidad económica, pues ello supondría desconocer los principios de equidad, justicia y capacidad económica. Y si esto es así cuando no ha existido incremento de valor, también ha de predicarse esta solución para el caso de que el incremento haya sido inferior a la resultante de aplicar la regla de cálculo de la ley.

Más aún, esa doctrina llega a anticipar lo que posteriormente ha acontecido: si hubiese de primar la aplicación objetiva de la regla de cálculo establecida en el reiterado artículo 107, éste habría de ser considerado inconstitucional.

Las conclusiones de ésta exégesis son claras:

- Si se acredita y prueba que en el caso concreto no ha existido, en términos económicos o reales incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo.

- La base imponible está constituida por el incremento del valor de los terrenos, que ha de prevalecer sobre lo que resulte de la aplicación de las reglas del artículo 107, que sólo resultarán aplicables cuando aquel sea superior, siendo totalmente invocable la jurisprudencia anterior sobre la prevalencia de los valores reales, pudiendo acudirse incluso a la tasación pericial contradictoria.

El Tribunal afirma que cuando la transmisión se efectúa por valor inferior al de adquisición, el titular sufre una pérdida económica y por tanto el supuesto no es subsumible en el hecho imponible del impuesto, pero a continuación añade un elemento absolutamente fundamental, también reiterado por la jurisprudencia: la carga de la prueba de la minusvaloración de los bienes recae de forma clara y precisa sobre el contribuyente, que es quien deberá realizar el esfuerzo de acreditar tal circunstancia, no siendo suficiente a tales efectos remitirse al mero valor recogido en las escrituras de compraventa y/o a informes contables para acreditar dicha realidad, siendo una prueba que se considera adecuada la pericial que establezca la tasación que pudiera ilustrar claramente sobre el valor de bien en orden a concretar la existencia, o no, del incremento objeto de gravamen.

Como puede observarse, el debate, a pesar de la novedad que ha significado la reciente declaración de inconstitucionalidad, ya había sido lo suficientemente analizado y centrado por los Tribunales de Justicia, consolidando un argumentario que, a la postre, enlaza con la expulsión del ordenamiento de los preceptos forales afectados por dicha declaración, señalados más arriba, y sin perjuicio de que, previsiblemente, ello implique también una adaptación de la norma estatal.

C/M/S/
Law . Tax

Hechos y datos

- **70 Oficinas**
- **64 Ciudades**
- **> 1.000 Socios**
- **> 4.500 Abogados**
- **> 7.500 Empleados**
- **Facturación**: 1.010 millones de euros (2015)
- **39 Países**:

  Países europeos: Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Rusia, Serbia, Suiza, Turquía, Ucrania y Reino Unido.

  Fuera de Europa: Argelia, Brasil, Chile, China, Colombia, Emiratos Árabes Unidos, Hong Kong, Irán, México, Marruecos, Omán, Perú y Singapur.

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia)
CMS Albiñana & Suárez de Lezo (España)
CMS Bureau Francis Lefebvre (Francia)
CMS Cameron McKenna (Reino Unido)
CMS Carey & Allende (Chile)
CMS DeBacker (Bélgica)
CMS Derks Star Busmann (Países Bajos)
CMS von Erlach Poncet (Suiza)
CMS Grau (Perú)
CMS Hasche Sigle (Alemania)
CMS Reich-Rohrwig Hainz (Austria)
CMS Rodríguez Azuero Contexto Legal Abogados (Colombia)
CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal)

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores. Para cualquier duda, póngase en contacto con CMS Albiñana & Suárez de Lezo (madrid@cms-asl.com | cms-asl@cms-asl.com)

C/M/S/ Law-Now™
Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.
www.cms-lawnow.com

C/M/S/ e-guides
Law . Tax

Your expert legal publications online.

In-depth international legal research
and insights that can be personalised.
eguides.cmslegal.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:
Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Medellín, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law

© CMS España | CMS Albiñana & Suárez de Lezo | Mayo 2017